

InDret

Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos

Miquel Martín Casals

**Facultad de Derecho
Universitat de Girona**

Josep Solé Feliu

**Facultad de Derecho
Universitat de Girona**

Girona, Julio de 2001

www.indret.com

Sumario

- Algunas cifras
- Distinción entre las anticoncepciones fallidas y otros supuestos
- Los casos de anticoncepciones fallidas resueltos por el Tribunal Supremo español
- Aspectos problemáticos de la responsabilidad en los casos de anticoncepciones fallidas
 1. Causalidad
 2. Negativa a abortar y deber de mitigar el daño
 3. Indemnización del daño
 - 3.1. La existencia de un hijo sano no constituye, en sí mismo, un daño indemnizable
 - 3.2. La indemnización de los daños patrimoniales
 - a. El daño emergente y el lucro cesante
 - b. Los alimentos debidos al hijo como daño indemnizable
 - 3.3. La indemnización del daño moral
- La lesión de la libertad de procrear como daño: un camino adecuado
- Sentencias del Tribunal Supremo sobre vasectomías
- Sentencias del Tribunal Supremo sobre ligaduras de trompas y DIU
- Sentencias de la República Federal de Alemania
- Sentencias del Reino Unido de Gran Bretaña
- Sentencia de los Estados Unidos
- Bibliografía

- **Algunas cifras**

Según datos presentados en el LXV Congreso Nacional de Urología, celebrado en Madrid en mayo de 2000, la sanidad pública española practica unas 70.000 vasectomías al año (<http://www.entornosocial.es/sociosanitaria/so330801.html>). Aunque no se han podido hallar cifras globales, el anticonceptivo femenino preferido por las mujeres españolas entre 40 y 49 años es la ligadura de trompas con un porcentaje del 11,4-11,5%, seguido del DIU, que resulta preferido por el 7,1 a 7,4% y, de los anticonceptivos orales (3,7% en las mujeres de entre 40-44 años, y 1,9 en las de 45-49 años). A medida que decrece la edad la preferencia por los mecanismos anticonceptivos más estables o definitivos va perdiendo peso. Así, entre las mujeres de 35 a 39 años el DIU es el anticonceptivo dominante, con un porcentaje del 11,4%, mientras que sólo el 9,9% opta por la ligadura de trompas. En mujeres entre 20 a 34 años el DIU ocupa porcentajes más bajos: 6,8% (entre los 30 y los 34 años), el 4,3% (entre los 25 y los 29 años) y el 1,4% (en mujeres entre 20-24 años). Todavía menores son los porcentajes de ligaduras de trompas, que oscilan entre el 4,0% entre mujeres de 30 a 34 años y el 0,3-0,4% entre las de 20 a 29 años (http://www.msc.es/salud/epidemiologia/materno_infantil/tablas_figuras.htm).

La importancia que en nuestro país tienen esos métodos anticonceptivos más definitivos no es nada desdeñable si se tiene en cuenta que en los Estados Unidos de América, cada año unos 500.000 hombres se someten a vasectomía (según datos del *Journal of the American Medical Association*: <http://www.ama-assn.org/special/contra/support/ppfa/vasectom.htm>; fecha de consulta, 5.02.2001). En el caso de esterilizaciones femeninas, se estima que en Estados Unidos se practican unas 650.000 ligaduras de trompas anuales (<http://www.vmmc.com/dbFertility/sec2404.htm>; fecha de consulta, 5.02.2001). En términos absolutos, esto significa -según datos de 1995- que en torno al 26% de las mujeres casadas entre 15 y 44 años opta por someterse a una ligadura de trompas, mientras que en el 12% de los casos es el marido quien se ha sometido a una vasectomía. El *National Center for Health Statistics*, del *U.S. Department of Health and Human Services*, con el título *Surgical Sterilization in the United States: Prevalence and Characteristics, 1965-95* (http://www.cdc.gov/nchs/data/sr23_20.pdf) ofrece todavía más datos.

- **Distinción entre las anticoncepciones fallidas y otros supuestos**

Aunque según la ciencia médica ningún método anticonceptivo es totalmente seguro, en ocasiones su fracaso —que da lugar al nacimiento de un hijo sano pero no previsto— puede imputarse a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo anticonceptivo. Ello da lugar a demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debida al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas. En el derecho angloamericano estos supuestos se conocen con el nombre de *wrongful conception*, aunque últimamente cierto sector de la doctrina prefiere hablar de *unwanted pregnancy* o de *birth of an unwanted child*, con el argumento de que “there is nothing wrongful about the conception or birth” (John Seymour, 2000, p. 75).

En este estudio utilizaremos la expresión *anticoncepciones fallidas* porque -en coherencia

con la posición que se sostiene más adelante- aleja el centro de atención de la concepción o nacimiento del hijo y se concentra más en el interés auténticamente lesionado: la libertad de procrear.

Los supuestos de *anticoncepciones fallidas* conocidos por la jurisprudencia española pueden agruparse en dos grandes categorías:

- (1) Operaciones de esterilización (vasectomías o ligaduras de trompas) negligentemente practicadas o practicadas de modo correcto, en las que se omite la oportuna información relativa a sus consecuencias.
- (2) Colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU), o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz, que no impiden el embarazo.

Los autores angloamericanos suelen hablar todavía de una tercera categoría relativa a intervenciones de interrupción del embarazo fallidas que no impiden la continuación del mismo. Aquí se ha preferido dejar esa categoría fuera del estudio, no sólo porque todavía no ha recaído ninguna sentencia española al respecto, sino especialmente porque, al entrar en juego la facultad de abortar, el supuesto se encuentra a medio camino entre los casos de anticoncepciones fallidas (*wrongful conception*) y los que suelen conocerse como *wrongful birth* y *wrongful life*.

Es bien sabido que los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life* se refieren al nacimiento de hijos con malformaciones no causadas por una negligencia médica. En ambos casos, al no informar el médico en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo.

Cuando la acción la ejercita la madre se habla de *wrongful birth*, y en la medida en que la reclamación se centra en la pérdida de la posibilidad de decidir sobre dicha interrupción, el médico sólo responderá si el aborto hubiera sido legalmente posible. El daño se vincula entonces a la lesión de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre (art. 10 CE), es decir, a aquellos principios constitucionales que justifican la despenalización del aborto por causas eugenésicas.

Si, por el contrario, la acción la ejercita el propio hijo (o los padres en su nombre), se habla de *wrongful life*, y la reclamación se basa en el hecho de que, si el médico hubiese informado a los padres de manera oportuna, tal vez él no habría nacido ni experimentaría entonces el daño moral causado por el sufrimiento de verse en la situación en que se encuentra (por todos, Dobbs, 2000, p. 792).

Recientemente, el Tribunal Supremo español en la STS 11.5.2001 (La Ley n. 5323, martes 5 de junio de 2001, FJ. 6) ha hecho propias al pie de la letra las anteriores distinciones entre *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*.

- ***Los casos de anticoncepciones fallidas resueltos por el Tribunal Supremo español***

Un primer grupo de supuestos resueltos por el Tribunal Supremo se refiere a

operaciones de esterilización que no impiden la concepción de un hijo sano pero no previsto.

La mayoría de las sentencias relativas a vasectomías rechazan indemnizar a los padres porque no se ha demostrado que el médico que practicó la operación hubiera actuado de forma negligente. En ellas, o bien la concepción fue consecuencia de una recanalización espontánea sobre cuya posibilidad el médico había informado, o bien se debió a que el propio paciente no respetó las recomendaciones del médico sobre la necesidad de adoptar medidas de prevención durante las semanas siguientes a la intervención. Así, las SSTS, 1ª, 31.1.1996 (Ar. 546), 11.2.1997 (Ar. 940), y 2.11.2000 (Ar. 9206); 3ª, 3.10.2000 (Ar. 7799);. Sólo se concedió indemnización en la STS, 1ª, 25.4.1994 (Ar. 3073). El caso se refería a una vasectomía correctamente practicada, en la que el médico incumplió el deber de informar sobre las posibilidades de recanalización espontánea. El paciente no adoptó mecanismos anticonceptivos adicionales y meses después de la operación su esposa concibió gemelos. La sentencia de la Audiencia Provincial había concedido una indemnización de 9.000.000 ptas. en concepto de daños morales y materiales y rechazó que se indemnizaran los alimentos debidos a los hijos. El TS confirmó esa cuantía, pero precisó que se otorgaba, no “como indemnización por daños morales, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los mismos [de los hijos no previstos]”.

Entre las sentencias de las Audiencias Provinciales relativas a vasectomías fallidas, conceden indemnización también, por infracción del deber de informar sobre la posibilidad de fracaso de la operación, las SAP Barcelona 30.7.1990 (RJC 1990/4), 5.000.000 ptas.; SAP Badajoz 22.4.1991 (La Ley 1991-3), 9.000.000 ptas.; SAP Valladolid 12.2.1994 (AC 1994\361), 9.000.000 ptas.; SAP Leon 17.6.1994 (AC 1994\999), 9.556.997 ptas.; SAP Baleares 21.1.1997 (AC 1997\136), 5.000.000 ptas.; SAP Álava 18.5.1998 (AC 1998\5514), 5.000.000 ptas.; SAP Alicante 9.7.1999 (Colex Data 99PC1796), 7.300.000 ptas.; SAP Valencia 18.1.2000 (AC 2000\2904), pensión mensual de 50.000 ptas. hasta mayoría de edad de la nacida.

También pertenecen a este primer grupo las sentencias relativas a ligaduras de trompas que no impiden concebir un hijo. En alguna de ellas el Tribunal Supremo ha rechazado la indemnización al considerar que el médico había practicado correctamente la operación y había informado a la paciente sobre el riesgo de fracaso (STS 27.6.1997, Ar. 5758). Se trata de la misma solución a la que llegan algunas sentencias de tribunales inferiores, como la STSJ Cataluña 9.11.1993 (AS 1993\4887); STSJ Cantabria 11.7.1997 (AS 1997\2424); SAP Valencia 23.10.1996 (AC 1996\1844); SAP Madrid 14.9.1998 (RGD nº 656, mayo 1999, p. 6369); SAP Barcelona 7.3.2000 (AC 2000\902).

En otros casos, en cambio, el Tribunal Supremo reconoce que la práctica negligente de la ligadura de trompas motivó el fallo en la esterilización. Así, en la STS 10.10.1995 (Ar. 7403) la ligadura de trompas practicada de forma negligente no impidió que la paciente concibiera una hija, que nació con malformaciones y murió meses después. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron la demanda y condenaron al médico y al Insalud a pagar una indemnización de 15.000.000 ptas. Sin embargo, el TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el médico. Según el TS, no eran imputables al profesional sanitario que practicó la ligadura los daños derivados de la enfermedad de la niña, sino tan solo los derivados de la concepción no querida. No obstante, al aplicar el plazo de prescripción de un año de la acción para exigir responsabilidad extracontractual (ex art.1968.2 CC), entendió que el cómputo del plazo

empezaba el día del nacimiento y que tanto en el momento en que se realizó la reclamación administrativa frente al Insalud como en el que se interpuso la demanda civil la acción ya había prescrito.

En el caso resuelto por la STS 5.6.1998 (Ar. 4275), el médico únicamente procedió a ligar la trompa derecha de la paciente, al creer que el ovario izquierdo le había sido extirpado en una operación anterior cuando en realidad sólo se le había extirpado parcialmente. Después de la intervención, la paciente concibió dos hijas gemelas. La sentencia de primera instancia condenó al médico a pagar una indemnización de 15.000.000 ptas.. La sentencia de la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación interpuesto por el médico y le absolvió. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y condenó al médico a pagar una indemnización de 8.000.000 ptas. por los daños patrimoniales causados a los progenitores al tener éstos que afrontar mayores gastos y dejar de obtener ingresos por la suspensión del trabajo durante el embarazo y parto.

Por último, la STS 11.5.2001 (La Ley n. 5323, martes 5 de junio de 2001), relativa a una vasectomía correctamente practicada a un paciente, con adecuado cumplimiento del deber de informar sobre las características y riesgos de la intervención. Los espermigramas posteriores dieron resultado negativo, a pesar de lo cual la esposa concibió un hijo. El paciente y su esposa demandaron a la doctora que practicó la vasectomía, pero la demanda fue desestimada en todas las instancias, incluido el Tribunal Supremo. Se consideró que el embarazo se produjo porque, a pesar de las advertencias de la doctora, el paciente mantuvo relaciones sexuales con su esposa durante el post-operatorio sin adoptar las medidas de precaución necesarias.

Entre las sentencias de las Audiencias Provinciales, algunas condenan al médico que practicó correctamente la ligadura de trompas pero no informó sobre las posibilidades de fracaso de la intervención (SAP Barcelona 20.9.1999, AC 1999\1973, 4.000.000 ptas.), mientras que otras lo condenan directamente como consecuencia de la práctica negligente de la operación (como en la SAP Barcelona 20.12.1999, AC 1999\8489, 10.000.000 ptas., en la que la esterilización se había practicado de forma incompleta sobre la trompa derecha dejándose intacta la izquierda)

Un segundo grupo de supuestos se refiere a la colocación negligente o a la puesta en circulación de un mecanismo anticonceptivo ineficaz que no impide el embarazo. En la STS 24.9.1999 (Ar. 7272), el personal médico del Centro de Planificación Familiar de Gandía había implantado a la demandante un DIU defectuoso que, como consecuencia de su ineficacia no impidió la concepción de un hijo. La paciente demandó a la empresa fabricante del anticonceptivo y a la Diputación de Valencia de quien dependía el Centro de Planificación Familiar. El Juzgado de Primera Instancia condenó al fabricante. La Audiencia Provincial de Valencia condenó solidariamente al fabricante y a la Diputación Provincial a pagar una indemnización de 2.000.000 ptas. por los daños morales y materiales sufridos por la demandante. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Diputación y confirmó la sentencia de apelación.

- ***Aspectos problemáticos de la responsabilidad en los casos de anticoncepciones fallidas***

1. Causalidad

La determinación del nexo de causalidad no plantea problemas extraordinarios en los casos en que el fallo de la operación de esterilización (vasectomía o ligadura de trompas) se debe a una negligencia médica en la práctica de la intervención. En todos esos casos, la práctica diligente de la esterilización habría impedido con toda probabilidad el embarazo, ya que -según se afirma- el porcentaje de fracasos no suele superar el 1%.

En esta cuestión, sin embargo, los datos que se proporcionan son contradictorios. En el caso de vasectomías, los tribunales españoles suelen hablar de un índice de fallos por recanalización espontánea de entre el 0,4% y el 1% (p. ej. STS 25.4.1994 (Ar. 3073); SAP Barcelona 12.6.1989 (RGD 1990, p. 8284). alguna otra sentencia, en cambio, habla de un “0,36% de fracaso de recanalización precoz y 0,03% de recanalización tardía” (SAP Jaén 7.6.1996 [AC 1996\1082]. Sin embargo, la literatura especializada habla de un porcentaje todavía menor: 0,02 (Trevor P. Dutt / Margaret Matthews, 2000, p. 139).

En el caso de ligaduras de trompas, la jurisprudencia española habla de una posibilidad de fracaso de entre un 0,1 a un 0,3% (concretamente, la STS 27.6.1997, Ar. 5758) habla de un 1 a un 2 por 1000). Otras sentencias hablan de un 0,5% (STSJ Cataluña 9.11.1993, AS 1993\4887), o del 0,4% (STSJ Cantabria 11.7.1997, AS 1997\2424). En la literatura especializada se habla de una ratio de fracaso del 0.1 (Dutt / Matthews, 2000, p. 139).

Tampoco suscitan grandes dudas los fallos de mecanismos anticonceptivos intrauterinos (DIU) porque, con la salvedad del 1,5 de los casos (Dutt / Matthews, 2000, p. 139), también habrían tenido que impedir la concepción si no hubieran sido defectuosos o no se hubieran colocado negligentemente.

Sin embargo, como el lector de InDret ya habrá podido comprobar en la breve descripción de las constelaciones de casos resueltos por el Tribunal Supremo, los supuestos de práctica negligente de la operación o de colocación del mecanismo anticonceptivo no suelen ser los más frecuentes en la jurisprudencia. Al contrario, el mayor número de supuestos tratados por los tribunales españoles se refiere precisamente a aquellos casos en que esa actuación ha sido diligente pero se ha infringido el deber de informar. Por esta razón, el problema causal debe reconducirse al ámbito de la infracción de dicho deber, bien porque no se ha informado al paciente del riesgo de fracaso de la esterilización, de la necesidad de adoptar tras la operación las medidas de precaución necesarias para evitar el embarazo, o bien sobre la necesidad de someterse a determinados análisis para confirmar su esterilidad. Así, el comportamiento negligente del médico se encontrará vinculado causalmente con el daño siempre que la falta de información o de una información adecuada a los padres les haya privado de la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para no engendrar el hijo.

2. Negativa a abortar y deber de mitigar el daño

Si bien hay que reconocer que algunos tribunales norteamericanos han especulado con la idea de que la negativa de la madre a abortar —una vez conocido el embarazo— pudiera constituir una infracción del deber de mitigar el daño, en la práctica esta

solución no parece haberse aplicado nunca (así Dobbs, 2000, p. 800).

La negativa al deber de mitigar el daño puede apoyarse, además, en varios argumentos:

1. Si el deber de mitigar el daño impone a la víctima la adopción de las medidas para evitar el daño que resulten razonables o que no entrañen sacrificios desproporcionados para el perjudicado parece fuera de toda duda que colocar a la madre ante la opción de abortar o soportar una serie de consecuencias negativas por el hecho de no hacerlo, supone imponerle un sacrificio claramente desproporcionado (Seymour, *Childbirth and the Law*, p. 81). Así lo reconoció ya a mediados de la década de los ochenta la sentencia inglesa *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* [1985] QB 1012, [1984] All ER 1044 (CA): “*I cannot think it right that the court should ever declare it unreasonable for a woman to decline to have an abortion, in a case where there is no evidence that there were any medical or psychiatric grounds for terminating the particular pregnancy*” (SLADE LJ).

2. Como han señalado diversos tribunales norteamericanos, aceptar esta posibilidad implicaría con toda probabilidad entrar a valorar las razones por las cuales la madre no optó por abortar, lo cual podría constituir una lesión de su derecho a la intimidad personal (*Smith v. Gore*, 728 S.W.2d 738, 751-52 (Tenn. 1987)).

3. Por último, debe tenerse en cuenta la amplitud de las causas en las que se admite la posibilidad de abortar en uno u otro ordenamiento jurídico. En el nuestro el carácter restrictivo de los supuestos legales de despenalización del aborto reduce sustancialmente los casos en que la madre pueda llegar a ejercitar legalmente la facultad de abortar tras una anticoncepción fallida. E incluso en esos casos, no debe olvidarse que el hecho de que el ordenamiento decida despenalizar algunos supuestos de interrupción del embarazo en ningún caso supone el reconocimiento legal de un deber de abortar (Seymour, 2000, p. 81).

A una conclusión parecida ha llegado la jurisprudencia española en una de las pocas ocasiones en que los tribunales se han planteado la cuestión. Así, en la SAP Barcelona 20.9.1999 (AC 1999\1973), relativa a un caso de ligadura de trompas cuya recanalización espontánea posterior no impidió el embarazo de la demandante, el tribunal consideró impensable que “al rechazar la posibilidad de abortar que le fue ofrecida [a la demandante] asumiera los daños (...) pues, amén de constituir un mal mayor que el que con su causación se trataba de evitar, su sola postulación atenta contra los más elementales principios de la ética, haciendo abstracción, incluso, de los religiosos que la demandante aseguró poseer”.

3. La indemnización de los daños

3.1. La existencia de un hijo sano no constituye, en sí mismo, un daño indemnizable

En los casos de anticoncepciones fallidas hay que rechazar la idea de que la existencia del hijo sea, en sí mismo, un daño indemnizable. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo español en la STS 5.6.1998 (Ar. 4275), al afirmar que “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege

ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”. La idea de que “el nacimiento de un hijo no puede ser considerado como un mal en sí mismo” es también reiterada por las sentencias de Audiencias Provinciales. Así, SAP Barcelona 30.7.1990 (RJC 1990/4); SAP Badajoz 22.4.1991 (La Ley 1991-3); SAP Navarra 26.1.1999 (AC 1999\3020) o de algún Tribunal Superior de Justicia (STSJ Cataluña 9.11.1993, AS 1993\4887).

Esta misma conclusión es generalmente aceptada en el derecho comparado. Mayores problemas surgen, en cambio cuando se plantea la indemnización de otro tipo de daños, en concreto, de los daños patrimoniales derivados del embarazo y parto, así como de los daños morales sufridos por la madre al conocer su embarazo.

3.2. La indemnización de los daños patrimoniales

a. El daño emergente y el lucro cesante

La jurisprudencia española ha admitido la posibilidad de indemnizar los gastos originados por el embarazo y el parto, en el sentido de gastos causados por la asistencia médica y otros gastos suplementarios derivados de la gestación y el parto. Así, SSTS, 1ª, 5.6.1998 (Ar. 4275), 8.000.000 ptas.; 3ª, 3.10.2000 (Ar. 7799), 0 ptas; SAP Álava 18.5.1998 (AC 1998\5514), 5.000.000 ptas.

También se ha admitido la indemnización de las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del embarazo y el alumbramiento en los casos en que, por ejemplo, la madre necesitó guardar cama y por ello “dejó de atender debidamente el negocio que regentaba con la consiguiente aminoración productiva” (STS, 1ª, 24.9.1999, Ar. 7272, 2.000.000 ptas.), o bien en los casos en que ha debido abandonar temporal o definitivamente su trabajo habitual con los consiguientes perjuicios económicos (STS 5.6.1998, Ar. 4275, 8.000.000 ptas.; SAP Barcelona 30.7.1990, RJC 1990/4, 5.000.000 ptas.).

b. Los alimentos debidos al hijo como daño indemnizable

En Derecho comparado la indemnización de los alimentos debidos al hijo nacido tras el fallo de un mecanismo anticonceptivo es una cuestión muy polémica.

En Alemania, los tribunales civiles admiten su indemnización incluso en contra de la opinión del *Zweite Senat* del Tribunal Constitucional Federal, que en una sentencia relativa a un supuesto de interrupción fallida de un embarazo (BVerfG 28.5.1993, NJW 1751) excluyó de la noción de daño indemnizable los alimentos:

Nr. 14. *Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassungs wegen (Art. 1 I GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.*

Una resolución ulterior del *Erste Senat* del mismo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG 12.11.1997, NJW 1998, 519) rechazó este criterio y dio la razón a los tribunales civiles, negando que la indemnización de los alimentos fuese contraria al reconocimiento de la dignidad humana del art. 1.I de la Ley Fundamental. Por lo demás, la doctrina dominante considera que la polémica declaración del *Zweite Senat* se realizaba *obiter dicta* y, en consecuencia, no vinculaba a los tribunales civiles (Erwin

Deutsch, 1999, p. 189).

En los Estados Unidos, la mayoría de tribunales tiende a rechazar la indemnización de los alimentos debidos al hijo. Ocasionalmente, algunos tribunales admiten que al fijar la cuantía indemnizatoria se tengan en cuenta los alimentos. Esto ocurre de manera especial en los casos en que los padres demuestran que, al menos parcialmente, recurrieron a las medidas anticonceptivas por razones económicas. Sin embargo incluso en estos casos los tribunales intentan limitar la cuantía de la indemnización mediante la denominada *offset rule*, que tiene por objeto compensar los costes de los alimentos con los posibles beneficios que el hijo pueda proporcionar a los padres a lo largo de su vida (Dobbs, 2000, p. 796).

En el Reino Unido, la polémica relativa a la indemnización de los alimentos debidos al hijo ha quedado cerrada por la primera sentencia que ha dictado sobre la materia la House of Lords inglesa (*MacFarlane and Another v. Tayside Health Board*, de 25 de noviembre de 1999) (<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199900/djudgmt/jd991125/macfar-1.htm>; fecha de consulta: 8.2.2000), en la que por unanimidad se rechazó su indemnización. La sentencia se refería a una vasectomía fallida que no evitó que la señora McFarlane concibiera un nuevo hijo meses después de la intervención. Si bien la *House of Lords* indemnizó a la esposa por los daños morales causados por el embarazo y el parto, y por algunos daños patrimoniales, todos los *Lords* rechazaron indemnizar los alimentos. La idea unánimemente compartida se centraba en el carácter injusto e irrazonable de una reclamación que incluyera los alimentos. *Lord Hope* lo explicaba del siguiente modo:

“I would regard these costs [the costs of rearing the child] as reasonably foreseeable by the wrongdoer. (...). But in the field of economic loss foreseeability is not the only criterion that must be satisfied. There must be a relationship of proximity between the negligence and the loss which is said to have been caused by it and the attachment of liability for the harm must be fair, just and reasonable. The mere fact that it was reasonably foreseeable that the pursuers would have to pay for the costs of rearing their child does not mean that they have incurred a loss of the kind which is recoverable”.

Sin embargo, como señalan Ian Kennedy y Andrew Grubb (2000, p. 1580), la idea que late en ese rechazo es que se considera injusto reconocer una indemnización por los alimentos sin considerar como factor reductor los beneficios que el hijo sano proporcionará a los padres. Mas como tales beneficios son de imposible valoración, razones de justicia hacen que los magistrados de la *House of Lords* prefieran denegar totalmente la indemnización de los alimentos. Como el mismo *Lord Hope* explica al preguntarse por los beneficios que la crianza de un hijo tiene para sus padres:

“it would not be fair, just or reasonable, in any assessment of the loss caused by the birth of the child, to leave these benefits out of account. Otherwise the pursuers would be paid far too much. They would be relieved of the cost of rearing the child. (...). But the value which is to be attached to these benefits is incalculable. The costs can be calculated but the benefits, which in fairness must be set against them, cannot. The logical conclusion, as a matter of law, is that the costs to the pursuers of meeting their obligations to the child during the childhood are not recoverable as damages”.

En el derecho español la jurisprudencia unánime rechaza indemnizar los alimentos debidos al hijo. El razonamiento empleado por la mayoría de los tribunales gira sobre el carácter irrenunciable e intransferible de la obligación legal de alimentos impuesta a

los padres por el art. 154 CC (STS, 3ª, 3.10.2000, Ar. 7799; SAP Barcelona 30.7.1990, RJC 1990/4; SAP Badajoz 22.4.1991, La Ley 1991-3; SAP Navarra 26.1.1999, AC 1999\3020, y STSJ Cataluña 9.11.1993, AS 1993\4887). Excepcionalmente, la STS, 1ª, 25.4.1994 (Ar. 3073) reconocía en un *obiter dicta* la posibilidad de conceder una indemnización como “ayuda a la alimentación y crianza” de los hijos. También constituye un caso aislado entre la jurisprudencia de las audiencias provinciales la SAP Alicante 9.7.1999 (Colex Data 99PC1796), relativa a un embarazo producido tras una operación de vasectomía, en la que se indemnizó a los padres con 7.300.000 ptas. por los daños sufridos “en concepto de ayuda o contribución a los gastos de crianza de su hija”.

3.3. La indemnización del daño moral

En la misma línea que el derecho de otros países, la jurisprudencia española ha admitido la indemnización del daño moral derivado de la angustia o frustración por la inesperada concepción del hijo. Así, por ejemplo, la STS, 1ª, 24.9.1999 (Ar. 7272) concedió 2.000.000 ptas. de indemnización por daño moral a la madre que, al conocer el embarazo, sufrió “una situación depresiva que alteró su armonía anímica y le produjo un inevitable estado de preocupación atentatorio a su libertad”.

También las Audiencias Provinciales tienden a indemnizar “la preocupación causada por un embarazo ni previsto ni, evidentemente, deseado y el temporal deterioro de la relación matrimonial por razón de la concepción” (SAP Barcelona 30.7.1990, RJC 1990/4, 5.000.000 ptas), “la preocupación dimanante de un embarazo imprevisto (...)”, con el consiguiente deterioro de la nueva situación familiar (SAP Badajoz 22.4.1991, La Ley 1991-3, 485, con 9.000.000 ptas. de indemnización), o “la frustración de la decisión que habían adoptado de no tener más hijos, por la alteración emocional y anímica que sufrirían en sus relaciones de pareja y con las personas más allegadas” (SAP Alicante 9.7.1999, Colex Data 99PC1796).

En otras ocasiones, en cambio, el TS ha rechazado la indemnización del daño moral, como en el caso de las SSTS, 1ª, 25.4.1994 (Ar. 3073) y 5.6.1998 (Ar 4275). En esta última sentencia, el Tribunal basa el rechazo en la consideración de que “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada”, y por ello, “no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”. En la reciente STS, 3ª, 3.10.2000 (Ar. 7799) el Tribunal rechaza indemnizar el daño moral entendido como “mera situación de malestar o incertidumbre”, pero reconoce que debería indemnizarse en tanto que lesión al poder de la persona de autodeterminarse.

¿Quid iuris ante tanta vacilación jurisprudencial?

- **La lesión de la libertad de procrear como daño: un camino adecuado**

Creemos que el punto de partida de toda solución de los supuestos de anticoncepciones fallidas pasa por evitar el riesgo de considerar la existencia misma del hijo como un daño. Por eso, los autores de este trabajo consideramos correcta la solución apuntada por algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo que, siguiendo la línea marcada por algunas sentencias de audiencias, vinculan el daño indemnizable a la lesión de la libertad de procrear como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE.

Así, en 1997 una sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares sobre vasectomía fallida en la que el médico omitió el deber de informar sobre la probabilidad de una recanalización espontánea (SAP 21.1.1997, AC 1997\136), vinculaba el daño indemnizable con la frustración de una “decisión de no tener hijos adoptada en ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad del art. 10.1 de la Constitución Española”. Dos años más tarde, la SAP Barcelona 20.9.1999 (AC 1999\1973) empleaba una expresión distinta, más parecida a la que utiliza la doctrina alemana (“Familienplanungsschäden”), y hablaba de que la anticoncepción fallida “había quebrado la planificación familiar” diseñada por la demandante.

El Tribunal Supremo acogió esta idea en la STS, 1ª, 24.9.1999 (Ar. 7272), donde hablaba ya de un “daño al frustrar las expectativas de no desear el embarazo la interesada, con atentado efectivo a su decisión de gestación” y, más adelante, de “imponer situaciones contrarias al don de la libertad, como uno de los más anhelados por el hombre”. Esta idea ha sido reiterada recientemente por la STS, 3ª, 3.10.2000 (Ar. 7799), en la que, si bien al final no se condenó a los demandados por considerar que faltaba uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal reconocía que en los casos de esterilizaciones fallidas, el daño moral podía resultar de la lesión del “poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma”. En concreto, afirmaba que al frustrar la decisión sobre la propia paternidad o maternidad, se restringía “la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto afecten al *mínimum ético* constitucionalmente establecido”.

Fue el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 215/1994, de 14 de julio (BOE 18.8.1994), sobre despenalización de la esterilización de incapaces, quien reconoció que la libertad de procrear es uno de los aspectos que integran el libre desarrollo de la personalidad previsto en el art. 10.1 de la Constitución.

En la sentencia, el Tribunal consideró que la despenalización de la esterilización no consentida de incapaces con graves deficiencias psíquicas introducida en el art. 428 del Código Penal de 1973 no contravenía el libre desarrollo de la personalidad de los incapaces cuando la esterilización se adoptaba para proteger otros derechos y libertades como el libre ejercicio de la sexualidad, los principios de dignidad personal (art. 10.1 CE) o el derecho fundamental a la integridad moral del artículo 15 CE. Tales derechos podrían resultar lesionados si, por el hecho de que los incapaces no pueden cumplir las obligaciones paterno-filiales dispuestas en el art. 39.3 CE, se rechazara la esterilización y tuviesen que adoptarse otras medidas alternativas, como someterles a vigilancia constante para impedir ejercitar su sexualidad, u obligarles a abortar.

El Tribunal Constitucional afirmaba, sin embargo, que la falta de consentimiento de los incapaces debía substituirse en estos casos por otras medidas destinadas a proteger los derechos de los incapaces (como la previa petición de los representantes legales del incapaz, la exploración del incapaz y la emisión de dos dictámenes emitidos por especialistas, la intervención del Ministerio Fiscal y la autorización judicial; medidas, todas ellas previstas por el actual art. 156.2 CP 1995), y siempre que la intervención se justificase por razones de proporcionalidad.

Si el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE atribuye a toda persona la posibilidad de decidir libremente sobre su procreación, una vez ejercitada esa libertad

en sentido negativo y adoptadas las medidas adecuadas para no tener más hijos (o no tener hijo alguno), toda conducta que negligentemente frustre la decisión adoptada lesiona aquella libertad constitucionalmente reconocida. Así ocurre en los supuestos de anticoncepciones fallidas tras las cuales el paciente concibe o engendra un hijo. Consiguientemente, daños indemnizables en estas situaciones deben ser aquellos derivados de la lesión de la libre determinación personal del art. 10.1 CE. Desde este punto de vista, serán indemnizables:

1. Los daños morales derivados de la lesión de la libertad de procrear, que había sido ejercida en un determinado sentido y que ahora se ha frustrado como consecuencia de la inesperada concepción de un hijo.
2. En cuanto a los daños patrimoniales, no hay inconveniente en indemnizar los directamente vinculados con el embarazo y parto, tanto si se trata de gastos como de ganancias dejadas de obtener durante ese período (por ejemplo, como consecuencia de la suspensión o abandono de las actividades profesionales durante la gestación, parto y, tal vez, postparto).
3. En relación con los alimentos, en cambio, parece más razonable excluirlos de la indemnización. La naturaleza jurídico familiar del deber de alimentos dificulta que el coste que conlleva tal deber pueda considerarse un daño susceptible de indemnización.

En primer lugar, las características propias del deber legal de alimentos (carácter personalísimo, recíproco, indisponible, irrenunciable, etc.) impiden que pueda ser objeto del tráfico jurídico. Incluso en el caso de que se haga la precisión de que no se trata de transferir la obligación legal a un tercero, sino de tomar la cuantía de los alimentos como parámetro indemnizatorio (García Rubio, 1998, p. 1219), el resultado práctico no se halla lejos de una transacción en materia alimenticia que expresamente prohíbe el art. 1814 CC.

En segundo lugar, y con carácter más general, debe tenerse presente que la aplicación de normas de responsabilidad civil no puede conculcar la coherencia interna de los principios básicos sobre los que se asientan las de Derecho de familia. Dentro de este ámbito las múltiples soluciones que el ordenamiento propone para los diversos problemas planteados se coordinan entre sí y operan según una lógica propia, que no puede ser alterada por la injerencia del conjunto de reglas de la responsabilidad civil, de naturaleza muy distinta y basado en unos principios también diferentes.

Es bien sabido que el deber de alimentos entre padres e hijos, o incluso entre parientes, se explica perfectamente dentro de un sistema de reglas basadas en el *principio de solidaridad familiar*, dentro del cual se interrelacionan un conjunto de diversos derechos y deberes que funcionan recíprocamente y que opera mediante un sistema propio de pesos y contrapesos. Así, por ejemplo, los padres tienen el deber de alimentar a los hijos sujetos bajo su patria potestad (arts. 154 y ss CC), pero tal deber puede operar, en su caso, también en sentido inverso cuando los padres se encuentran en situación de necesidad y el hijo tiene recursos suficientes para prestar los alimentos (*ex* arts. 142 y ss CC). ¿Cómo podría explicarse razonablemente que cuando los padres tuvieron que prestar los alimentos al hijo menor fruto de un embarazo no deseado obtuvieran la cuantía de un tercero (luego, ningún coste económico tuvo para ellos), mientras que ahora sí se exige al hijo que soporte el mismo la carga económica de alimentar a unos padres que en su momento no tuvieron que soportar tal coste?

También puede sostenerse que la condición de herederos *ab intestato* o de legitimarios entre padres e hijos responde a esa idea de solidaridad familiar. Mas entonces, ¿cómo explicar razonablemente que los padres que en su momento no tuvieron que soportar la carga económica de alimentar a su hijo al transferirla a un tercero, puedan ahora beneficiarse de su condición de legitimarios o herederos *ab intestato* en la sucesión del hijo?

La jurisprudencia española ha negado que el incumplimiento de los deberes conyugales por parte de un cónyuge permita al otro ejercitar con éxito una acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios *ex art. 1902 CC*. Como acertadamente ha señalado la STS 30.7.1999 [RJ 1999\5726], en la que el marido reclamaba a su esposa una indemnización por daños patrimoniales y morales por la violación del deber de fidelidad conyugal, “*la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en el art. 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos*”. ¿Y si la demanda se ejercitara, no frente al otro cónyuge, sino frente a un tercero cuya actuación ilícita causa un perjuicio a una relación regulada por el Derecho de familia? El Derecho norteamericano, basado en una concepción patriarcal de sujeción de la mujer y de los hijos al cabeza de familia que los asimilaba a los *servants* conoció de numerosos *torts* (*criminal conversation, alienation of affections, enticement*, etc.) que permitían indemnizar la injerencia de terceros en las relaciones familiares. En la actualidad la mayoría de los Estados no sólo ha abolido esos *torts* sino que ha evitado que reverdezcan bajo el manto protector de otros más generales como los de *intentional or negligent infliction of mental distress* o de *interference with the contract* (cfr. Dobbs, p. 1245 y ss). El Derecho español, con buen criterio, no se ha planteado esos ilícitos civiles. Mas un tema de tan hondo calado no puede desarrollarse aquí y será tratado en InDret de modo más extenso y más brillante por otros autores.

- Sentencias del Tribunal Supremo sobre vasectomías***

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Repertorio</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
1ª, 25.4.1994	Ar. 3073	José Luis Albacar López	Antolín N. T. y María Teresa D. S. c. José María V. L., Elías Oscar L. C. y Ramón E. I.
1ª, 31.1.1996	Ar. 546	Antonio Gullón Ballesteros	Felipe P. M. contra Angel G. V. y Miguel G. C.
1ª, 11.2.1997	Aran. 940	José Almagro Nosete	Miguel P. G. y Delia M. V. contra Doctor V. B. y los analistas José Luis V. y Ana María G.
3ª, 3.10.2000	Ar. 7799	Juan Antonio Xiol Ríos	Angel G. A. contra. Insalud, INSS y TGSS
1ª, 2.11.2000	Ar. 9206	Xavier O'Callaghan Muñoz	Juan José O.F contra José Manuel T.G. y ASISA
1ª, 11.5.2001	La Ley n. 5323, de 5.06.2001	Luis Martínez Calcerrada	Mª José R. R. y Marcial H. G. contra Begoña R. H.

- Sentencias del Tribunal Supremo sobre ligaduras de trompas y DIU***

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Repertorio</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
1ª, 10.10.1995	Ar. 7403	Antonio Gullón Ballesteros	Ángela B. C. c. Rafael O. M. e Insalud
1ª, 27.6.1997	Ar. 5758	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Yolanda A. F. C. Doctor V. F. e Insalud
1ª, 5.6.1998	Ar. 4275	Antonio Gullón Ballesteros	Petra P. V. c. Médicos del Servicio de Ginecología del Hospital de Zamora.
1ª, 24.9.1999	Ar. 7272	Alfonso Villagómez Rodil	Mª Ángeles E. M. c. DIU S.A. y Diputación Provincial de Valencia

- ***Sentencias de la República Federal de Alemania***

<i>Tribunal</i>	<i>Sentencia</i>	<i>Referencia</i>
<i>Bundesverfassungsgericht (BVerfG)</i>	28.5.1993	NJW 1993, 1751
<i>Bundesverfassungsgericht (BVerfG)</i>	12.11.1997	NJW 1998, 519

- ***Sentencias del Reino Unido de Gran Bretaña***

<i>Sentencia</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
<i>Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority</i>	1985	QB 1012 [1984] All ER 1044 (CA)
<i>McFarlane and Another v. Tayside Health Board</i>	1999	http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm

- ***Sentencia de los Estados Unidos***

<i>Sentencia</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
<i>Smith v. Gore</i>	1987	728 S.W.2d 738 (Tenn. 1987)

• **Bibliografía**

Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad” (Parte I), *Rev. Der. Gen. H.* 4/1996, 105-117, p. 107; (Parte II), *Rev. Der. Gen. H.* 5/1996, pp. 141-156.

Christian von BAR, *The Common European Law of Torts*, Vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1998.

Dann W. DOBBS, *The Law of Torts*, West, St. Paul Minn., 2000.

Ian KENNEDY / Andrew GRUBB, *Medical Law*, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 2000

Erwin DEUTSCH, “Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden”, *VersR* 1995, 609-616.

Erwin DEUTSCH, *Medizinrecht*, 4. Aufl., Springer, Berlin, 1999.

Trevor P. DUTT / Margaret MATTHEWS, *Gynaecology*, Cavendish, London, 1999.

María Paz GARCÍA RUBIO, CCJC nº 48, 1998, pp. 1207-1222.

Eugenio LLAMAS POMBO, CCJC n. 36, 1994, pp. 1005-1019.

Miquel MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in Ulrich MAGNUS / Jaap SPIER, *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2000, 179-208.

Miquel MARTÍN CASALS / Josep SOLÉ FELIU, *Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)*, La Ley n. 5249, viernes 16 de febrero de 2001, p. 1-6.

Fernando PANTALEÓN, *Procreación artificial y responsabilidad civil*, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, 251.

Eduard PICKER, “Schadensersatz für das unerwünschte Kind”, *AcP* 195(1995), 483-547.

Eduard PICKER, *Schadenshaftung für unerwünschte Nachkommenschaft («Wrongful Birth»)*, Beck, München, 1997.

John SEYMOUR, *Childbirth and the Law*, OUP, Oxford, 2000.

Geneviève VINEY / Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 1998, n. 249-2/249-3, 13-18.